

# Constituição e prisão perpétua: anotações sobre o artigo 77 do Estatuto de Roma

Rodrigo J. S. Amaral

## 1 Introdução

O Estatuto de Roma – introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 4.388/2002 – regula o Tribunal Penal Internacional (TPI) e dispõe em seu artigo 77 sobre as penas aplicáveis pelo TPI, que podem consistir em prisão de até 30 anos (item 1, *a*) ou prisão perpétua (item 1, *b*), podendo haver também pena de multa (item 2, *a*) e da perda do produto do crime (item 2, *b*). Por outro lado, a Constituição (CRFB) determina, por meio de seu art. 5º, XLVII, alínea *b*<sup>(1)</sup> que não haverá penas de caráter perpétuo no Brasil.

Apesar dessa incompatibilidade constitucional, o Brasil ratificou o Tratado sem reservas, gerando-se a controvérsia jurídica examinada nesta sede. Diante desse fato, ver-se-á abaixo que houve tentativas de legitimar a possibilidade de o TPI apenar com prisão perpétua agentes que cometeram crimes em solo brasileiro. Em que pese esse problema teórico ainda não ter sido enfrentado em um caso concreto, a academia não precisa simplesmente ficar inerte, à espera de uma concretização do problema. Convém, portanto, enfrentar o assunto de forma antecipada para que, assim, haja uma resposta adequada quando preciso.

## 2 Enfrentamento do problema

Sob o prisma filosófico-jurídico, pode-se arguir que a pena de prisão perpétua acarreta na instrumentalização do homem,<sup>(2)</sup> tendo em vista que o humano é um ser dotado de capacidade de locomoção e de liberdade de escolher onde viver, de modo que *a ninguém está permitido decidir onde uma pessoa autônoma deverá viver pelo resto da sua vida*. Somente o próprio indivíduo pode decidir isso, dentro das opções que lhe são possíveis.<sup>(3)</sup> Desse modo, se se pretende agir inclusive em nome da pessoa apenada, a aplicação da pena de prisão perpétua não estará justificada. Seria necessário um espaço mais amplo para expor com mais profundidade esse ponto de natureza filosófica, e, como o escopo do presente estudo é o enfrentamento dos aspectos normativos do problema, essa será uma questão que ficará, nesta sede, em aberto.

Já foi exposto a título de introdução que, do ponto de vista do direito positivado, a CRFB é taxativa ao vedar a possibilidade de penas de caráter perpétuo. Um argumento que já foi ventilado seria que, a partir de um juízo conforme quem pode o mais pode o menos, o fato de o Brasil possibilitar excepcionalmente a pena de morte permitiria também a prisão perpétua.<sup>(4)</sup> Essa ideia deve ser rechaçada por duas razões. Primeiramente, por pressupor erroneamente que o Estado poderia exercer um poder justificado aplicando a pena de morte, ponto que não

poderá ser adequadamente abordado nesta sede.<sup>(5)</sup> Em segundo lugar, pelo fato de o texto constitucional vedar expressamente qualquer hipótese de prisão perpétua. Se o constituinte quisesse – mesmo que injustificadamente no aspecto deontológico – excetuar a vedação à pena de caráter perpétuo, teria feito nos mesmos moldes da exceção à proibição da pena capital.<sup>(6)</sup>

Existem também aqueles que sustentam que as garantias contidas no texto da Carta Magna não vigeriam nas hipóteses de competência do Tribunal Penal Internacional, pois só seriam aplicáveis nos casos que dizem respeito ao direito interno. Por versar somente sobre delitos cujo prejuízo causado ultrapassaria o território nacional, os dispositivos do Estatuto de Roma não estariam limitados pelas garantias constitucionais do Direito brasileiro.<sup>(7)</sup> Em outras palavras, a Constituição só teria o condão de limitar a aplicação de pena no âmbito do Direito interno, não sendo vinculante no plano internacional. Assim, por conta da falta de subordinação do plano internacional diante da CRFB, não seria possível apontar a inconstitucionalidade. Tal argumentação não procede, tendo em vista que se trata meramente de uma *fraude de etiquetas*. Isso porque não é relevante determinar, sob o ponto de vista dos limites deontológicos à atuação estatal, quais seriam as consequências de um determinado delito, qual a dimensão dos seus efeitos ou qual Tribunal seria competente para julgamento. O que importa é que a carta política que dá origem e legitima o ordenamento jurídico do Estado de Direito brasileiro determinou limites deontológicos intransponíveis, sendo a vedação à prisão perpétua um desses. Em segundo lugar, em que pese o fato de os Estados, de fato, submeterem-se à jurisdição penal internacional no momento das suas respectivas ratificações ao Estatuto de Roma,<sup>(8)</sup> o poder de disposição de um Estado não é ilimitado. Isso significa que um ente estatal não pode negar as disposições do documento que o constituiu, pois estaria negando, em última instância, os próprios fundamentos que legitimaram a sua existência.

Dessa forma, a tentativa de validar a prisão perpétua prevista pelo TPI à luz da letra do texto constitucional brasileiro não possui respaldo em boas razões. Dessa forma, faz-se necessário refletir sobre as possíveis alternativas de solução do problema.

## 3 Possíveis soluções para o problema

Com a conclusão de que a cominação de pena perpétua no artigo 77 do Estatuto de Roma é incompatível com a Constituição Brasileira,<sup>(9)</sup> três seriam as possibilidades a partir daqui. A primeira delas, a mais radical, seria a retirada do Brasil do Estatuto de Roma, projeção esta que é improvável

por questões políticas, apesar de a incompatibilidade da pena de prisão perpétua com a ordem constitucional brasileira ser motivo suficiente para a não ratificação do tratado. Tendo em vista a reduzida possibilidade desse cenário, vê-se outras duas outras vias como soluções mais prováveis.

Uma delas é mais adequada por resolver um problema normativo onde este deve ser resolvido: no próprio campo *normativo*. Esse primeiro caminho seria vedar a possibilidade de o TPI aplicar pena de prisão perpétua nas hipóteses de crimes de sua competência e que tenham ocorrido no Brasil.<sup>(10)</sup> Dessa forma, o país só poderia entregar um indivíduo ao Tribunal Penal Internacional nas hipóteses em que este último assumia o compromisso de não aplicar a pena de prisão perpétua no caso de condenação. Todavia, não está muito claro como isso poderia ser efetivado, tendo em vista que há um vácuo no plano positivo sobre o tema.<sup>(11)</sup>

Uma segunda alternativa seria o Brasil, no plano fático, não permitir que casos dessa natureza sejam julgados pelo TPI. E poderá fazer isso simplesmente processando e julgando – sem simulacro de julgamento – qualquer hipótese que verse sobre crimes de competência do TPI, tendo em vista que a citada corte internacional só atua nas hipóteses em que o Estado-Parte seja inapto a julgar ou esteja negando-se a fazê-lo, de acordo com o princípio da complementaridade,<sup>(12)</sup> contido no artigo 17 do Estatuto (item 1, *a e b*).<sup>(13)</sup> Em outras palavras, sempre que o país processar e julgar um caso de competência do TPI, este último não poderá fazê-lo.<sup>(14)</sup> Entretanto, por se tratar de um elemento contingente, isto é, de uma solução carente de universalidade, esta última opção é insuficiente. A contingência decorre do fato de que não há como estabelecer um padrão universal de tratamento desses tipos de caso, visando a garantia da máxima eficiência no seu processamento e julgamento, de modo que a situação permanecerá num constante estado de incerteza. Em outras palavras, nunca será certo que o país processará e julgará os casos de competência do TPI, pois isso depende das circunstâncias concretas do mundo do ser, que, por seu caráter contingencial, são inaptas a preencher a universalidade do dever ser. E é por esse motivo que a solução no campo normativo sempre será a mais adequada a responder problemas de ordem normativa.

#### 4 Conclusão

Como conclusões das reflexões deste estudo, pode-se elencar:

1. O instituto da privação de liberdade perpétua prevista no Estatuto de Roma não se harmoniza com a garantia constitucional brasileira da vedação de penas de caráter perpétuo;

2. Diante do problema elencado acima, três seriam as possíveis soluções:

2.1. A primeira delas seria ao mesmo tempo a mais adequada e a mais radical: diante da impossibilidade de aderência ao TPI com reservas, o Brasil deveria retirar-se do TPI. Todavia, por

ser uma opção, como dito, radical, é improvável por questões de ordem política.

2.2. A segunda opção, de caráter normativo, seria o Brasil somente entregar indivíduos que tenham cometido crimes de competência do TPI em seu território nas hipóteses em que a citada corte internacional afirmar seu comprometimento em não aplicar a pena de prisão perpétua;

2.3. Por fim, uma terceira via, inadequada por depender de circunstâncias contingentes, seria o país processar e julgar todos os casos de competência do TPI que tenham ocorrido em território brasileiro, sem simulacro de julgamento, o que impossibilitaria a atuação do citado órgão internacional, em razão do princípio da complementaridade.

#### Notas

- (1) *In verbis*: “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.
- (2) Assim, GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. 1. ed. Trad. Paola Drollich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 150-152.
- (3) É inegável a aproximação dessa concepção com a ideia de *liberdade substantiva*, que é o centro de gravidade da tese doutoral, ainda não publicada, de Souza Santos sobre o conceito de bem jurídico. No entanto, o citado autor já publicou algumas linhas sobre o assunto em SANTOS, Humberto Souza. Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (orgs.). *Repensando a proteção do meio ambiente*: 20 anos da Lei 9.605/98. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 327: “O conceito de bem jurídico proposto em minha tese de doutorado gira em torno da noção de liberdade substantiva, que se refere às oportunidades reais disponíveis a alguém para que realize, à sua escolha, o que tem razão para valorizar”.
- (4) Sobre esse ponto, cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: AMBOS, Kai; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (orgs.). *Tribunal Penal Internacional*: possibilidades e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 220, que não concorda com tal posicionamento, dizendo que “este não parece o entendimento mais adequado”.
- (5) Acerca disso, cf. GRECO, op. cit., p. 129-156; e, mais especificamente sobre a proibição da aplicação da pena capital, p. 146-149.
- (6) Observe-se a posição de JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Possibilidades... op. cit., p. 220-221, que afasta essa possibilidade por entender que os crimes julgados pelo TPI “nem sempre são cometidos em conflitos armados, que dirá em hipótese de guerra declarada”. Apesar de se concordar, conforme já exposto, que o citado argumento não procede, é preciso frisar que o mesmo não seria correto nem se o TPI se limitasse aos crimes cometidos no contexto de guerra, pelos argumentos já expostos nesta sede.
- (7) Nesse sentido, STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a Constituição brasileira. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000. p. 38-40, que sustenta: “As normas de direito penal da Constituição regulam o sistema punitivo interno. Dão a exata medida do que o constituinte vê como justa retribuição. Não se projeta, assim, para outros sistemas penais aos quais o país se vincule por força de compromissos internacionais.”
- (8) Conforme assevera JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 135.
- (9) De acordo, ARRUDA, Rejane Alves de; MENDES, Tiago Bunning. A pena de prisão perpétua, prevista no Estatuto de Roma, em face da Constituição Federal de 1988. *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 748-768, 2016; BRENCOURT, Cezar Roberto. Tribunal penal internacional: prisão perpétua – inconstitucionalidade. *Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade, v. 5, n. 9/10, p. 85-94, 2000.
- (10) Essa é a solução proposta por ARRUDA; MENDES, op. cit., p. 766: “a pena

aplicável ao sujeito entregue à Corte pode ser no máximo uma pena que se encontre de acordo com o ordenamento jurídico interno do país que o entregue”.

- (11) Convém observar que, no que tange à extradição, o Brasil exige, nos casos onde o país a que se destina a extradição prevê penas acima do limite temporal de 30 anos, a assunção formal de não aplicar pena superior ao citado marco temporal. Isso foi feito, por exemplo, na Extradição 1151, *in verbis*: “A extradição somente será efetivada pelo Brasil, depois de deferida pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de fatos delituosos puníveis com prisão perpétua ou pena superior a 30 anos, se o Estado requerente assumir, formalmente, quanto a elas, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutá-las em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal do Brasil (CP, art. 75), eis que os pedidos extradiçionais – considerado o que dispõe o art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República, que veda as sanções penais de caráter perpétuo – estão necessariamente sujeitos à autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental brasileira”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição 1151*. Relator Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 19/05/2011.
- (12) Cf. PIOVESAN, Flávia; IKAWA, DANIELA Ribeiro. O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro. *Revista anistia política e justiça de transição*, n. 8, p. 154-193, 2012. p. 163: “No que toca ao princípio da complementaridade, o Estatuto de Roma segue a regra segundo a qual o Tribunal não exercerá sua jurisdição quando o Estado onde ocorreu a conduta criminosa ou o Estado de cujo o acusado é nacional estiver investigando, processando ou já houver julgado a pessoa em questão. Essa regra, entretanto, apresenta exceções, não se aplicando quando: i) o Estado que investiga, processa ou já houver julgado for incapaz ou não possuir a intenção de fazê-lo; ii) o caso não houver sido julgado de acordo com as regras do artigo 20 (3) do Estatuto; ou iii) o caso não for grave o suficiente. Por incapacidade, entende-se o colapso total ou parcial ou a indisponibilidade de um sistema judicial interno. Por ausência da intenção de investigar ou processar, compreende-se o escopo de proteger

a pessoa acusada, a demora injustificada dos procedimentos ou a ausência de procedimentos independentes ou imparciais.”.

- (13) *In verbis*: “1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se: a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou não tenha capacidade para o fazer; b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer”.
- (14) Vale observar que já houve tentativa nesse sentido, conforme cita o Ministro Celso de Mello em seu despacho monocrático na Petição nº 4625: “O projeto de lei em questão foi assim justificado na Exposição de Motivos Interministerial nº 18 SEDH-PR/MJ/MRE/AGU: (...) 6. O presente Projeto de Lei tem como propósito possibilitar o exercício da jurisdição primária pelo Estado brasileiro e viabilizar a cooperação com o Tribunal Penal Internacional. Assegura-se, assim, que, em nenhuma hipótese, uma pessoa ou um crime internacional sujeito à jurisdição penal brasileira renda ensejo à atuação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, pois se dota o País dos instrumentos jurídicos necessários ao cumprimento de suas obrigações internacionais”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 4625*. Despacho do Min. Celso de Mello, DJe 03/08/2009.

**Rodrigo J. S. Amaral**

Mestrando em Direito Penal pela UERJ. Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela UERJ. Advogado. rodrigomaral2209@gmail.com

# Letalidade policial e a tentativa de legitimação do arbítrio

*Giovanna de Sá da Cunha*

Arbítrio, no vocabulário jurídico, é a expressão para designar o poder de alguém consoante os ditames da própria vontade; no entanto, para que se torne permissível e juridicamente válido sempre deve ser fundado em lei ou princípio (SILVA, 2016, p. 130).

É por isso que **Noberto Bobbio** ensina que numa república democrática, o governo é das leis e não dos homens. Todavia, a hodierna democracia brasileira possui claras aparelhagens de repressão, baseadas em uma unidade ideológica, claramente presente em discursos legitimados, não pelas falas, mas pela autoridade de quem fala. E assim tem-se um anteprojetado de legalismo ao arbítrio policial que reitera medidas criminais pífias e autoritárias, ganhando destaque no cenário nacional.

Dessa maneira, a proposta da atual metodologia anticrime, tem-se utilizado do monopólio estatal do uso da força, adjunto de uma certa ambivalência da sociedade ante a noção de lei, para a organização da repressão, ou seja, a criação do consentimento, ocultando assim realidades político-econômicas e vazios estruturais (POULANTZAS apud PASTANA 2009, p. 131).

Tal repressão institucionalizada é propagada perante a noção da necessidade de se exterminar o “micróbio social”,

sendo que o extermínio do mesmo é justificado em defesa da sociedade e das instituições (VERANI, 1996, p. 95). É possível perceber, portanto, uma integrada harmonia das corporações e instituições jurídicas no que se refere à repressão ideológica; tal prática enxerga legalidade e justiça onde há arbítrio e opressão; estrito cumprimento do dever legal ou legítima defesa onde há homicídio (*ibidem*, p. 108).

Ademais, fica clara a tentativa de legitimar a repressão institucionalizada, apresentando-a como decorrência de um interesse popular (POULANTZAS, 1977, p. 221), já que no contexto social pós-moderno o crime é um aspecto rotineiro, um risco de todo dia, uma possibilidade sempre presente (GARLAND, 2008, p. 244).

Uma vez que as concepções do senso comum estão abarcadas pelo crime no cotidiano, aliadas ao medo e à insegurança e manifestadas coletivamente representam aquilo que **Foucault** descreve como a ação de dar aos mecanismos de punição um poder justificável, que atua não só sobre as infrações, mas sobre os indivíduos e o que eles são (2013, p. 23).

Daí a problemática central: expandir a permissão legal à instituição policial, perante o risco de injusta, atual ou iminente